

WYROK

z dnia 8 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2021 r. przez wykonawcę FPP Enviro Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Brwinów,

przy udziale wykonawcy Sorted Sp. z o.o., z siedzibą Chyliczkach, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę FPP Enviro Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 20 lipca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy FPP Enivro Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Gminie Brwinów (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

1) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SORTED sp. z o.o. i brak uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnia wymagań określonych w pkt VII.2.4) SIWZ tj. nie wykonał dwóch zamówień w ciągu ostatnich trzech lat, - wybranie oferty SORTED sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

2) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie SORTED sp. z o.o. pomimo przedłożenia przez tego wykonawcę, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia, tj. wykonania co najmniej dwóch zamówień, co mogło mieć wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu;

3) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SORTED sp. z o.o. z postępowania, pomimo przedłożenia przez tego wykonawcę w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia;

4) art. 226 ust. 1 lit a ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez SORTED sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna być odrzucona;

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez SORTED sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a więc złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona;

6) art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez SORTED sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a więc oferta ta jako oferta z rażąco niską ceną powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia wyboru oferty SORTED sp. z o.o. jako ofert najkorzystniejszej; (ii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert; (iii) wykluczenia SORTED sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i odrzucenia oferty SORTED sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdział VII Pkt 2 ppkt 4 SIWZ, wykonawca powinien posiadać doświadczenie i wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat wykonał co najmniej dwa zamówienia polegające na dostawie wraz z montażem wiat przystankowych z funkcją retencjonowania wody opadowej o wartości nie mniejszej niż 40 000 PLN brutto każde zamówienie wraz z dokumentacją o posiadaniu dowodów, że dostawy zostały wykonane należyście. W ocenie Odwołującego, z postanowienia tego wynika wprost obowiązek posiadania odpowiedniego doświadczenia, którego brak skutkuje niemożliwością przystąpienia do niniejszego przetargu. W ocenie Odwołującego, ustalone w sprawie fakty wskazują, że spółka Sorted sp. z o.o. nie spełnia powyższego wymogu posiadania stosownego doświadczenia, a okoliczność ta powinna być zbadana przez Zamawiającego przed wyborem oferty, co nie zostało uczynione w sposób prawidłowy, a w konsekwencji Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, który: - nie wykazał, aby w ciągu ostatnich lat

wykonał co najmniej dwa zamówienia („zamówienie” zgodnie z art. 1 zdanie 1 ustawy Pzp) Wykonawca nie wykazał, a Zamawiający nie zweryfikował, pomimo uzasadnionych wątpliwości, czy wiaty przystankowe zostały zrealizowane przez Sorted sp. z o.o. pod adresem Rzuców, ul. Stanisława Staszica 36, 26-422 Borkowice. dowód: - dokument SIWZ w aktach sprawy - informacja dla Wykonawców z dnia 24.06.2021 r. - pismo FPP Enviro z dnia 14 lipca 2021 r - pismo FPP Enviro z dnia 16 lipca 2021 r. - przykładowa dokumentacja fotograficzna wykonana w lokalizacji: Rzuców, ul. Stanisława Staszica 36 z dnia 19.07.2021 r. - pismo SORTED sp. z o.o. z dnia 22.07.2021 r. - pismo SORTED sp. z o.o. z dnia 21.07.2021 r. - pismo SORTED sp. z o.o. z dnia 22.07.2021 r.

Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 3 oferty firma Sorted sp. z o.o. jako zrealizowaną usługę wskazała: I. pozycja nr 1 zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach zadania „Zielony przystanek autobusowy w centrum miasta” - 1 przystanek przy Al. Wojska

Polskiego w Zielonej Górze; 2 przystanek przy ul. Bohaterów Westerplatte w Zielonej Górze. Odwołujący wskazał, że wykonawca nie przedstawił dokumentu potwierdzającego, że wykonany zielony przystanek autobusowy posiada funkcję retencjonowania wody opadowej. Przedstawiony protokół nie wskazuje na dokładny zakres elementów przystanków, w szczególności nie potwierdza montażu systemu retencjonowania wody opadowej na przystankach w ramach tej inwestycji. Informację o montażu tego systemu firma SORTED przedstawiła jedynie w tabeli w Załączniku nr 3. Podobną informację o montażu systemu retencjonowania wody opadowej firma SORTED Sp. z o.o. przedstawiła dla pozostałych dostaw, dla których przedstawione referencje nie potwierdzały tego faktu i zostały pominięte przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w pozycji nr 2, wykonawca Sorted powołał się na realizację zadania: Dostawa i montaż zielonej wiaty przystankowej wraz z dostarczeniem i nasadzeniem roślin na terenie zakładu produkcyjnego w Rzucowie ul. Staszica 36 26-422 Borkowice. Odwołując wskazał, że usługa nie została zrealizowana w ramach zamówienia publicznego, co automatycznie powinno stanowić podstawę do odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Jeżeli w ogóle została zrealizowana, na co została zwrócona uwaga Zamawiającemu, to została wykonana w przestrzeni prywatnej, a nie w przestrzeni publicznej. Wiaty zlokalizowana w przestrzeni prywatnej nie spełnia funkcji wiaty przystankowej w rozumieniu SIWZ oraz Zamawiającego, który w Opisie Przedmiotu Zamówienia wskazał wymaganie na: wiaty autobusowe (Oznaczenie wg Wspólnego Słownika Zamówień CPV: 44212321-5 - wiaty autobusowe). Wiaty przystankowe - wiaty autobusowe - jest miejscem zatrzymywania się pojazdów transportu publicznego i jest oznaczona odpowiednimi znakami drogowymi. Z całą stanowczością należy stwierdzić, że jeżeli w ogóle wykonawca SORTED Sp. z o.o. wykonał wiatę z funkcją retencjonowania wody opadowej na terenie zakładu produkcyjnego w Rzucowie, to nie jest to wiaty przystankowe w rozumieniu SIWZ.

W ocenie Odwołującego, Prezes Zarządu firmy 4MA S.A. Pan A. W. wystawiający Poświadczenie z dnia 24 czerwca 2021 r., jednocześnie jest udziałowcem w firmie SORTED Sp. z o.o. Odwołujący zwrócił również uwagę na zbieżność dat przedstawionych dokumentów. Poświadczenie na rzecz firmy Sorted zostało wystawione przez firmę 4MA S.A. w dniu 24.06.2021 r. tj. krótko po tym jak Zamawiający ogłosił przetarg, a co więcej zostało wystawione w dniu, kiedy Zamawiający udzielił odpowiedzi odmownej na pytanie złożone w ramach przetargu o możliwość modyfikacji warunku udziału poprzez dopuszczenie uznania warunku za spełniony w przypadku wykonania wymaganego w nim zakresu prac w ramach jednego zamówienia o wartości nie mniejszej niż 80.000 PLN brutto. Zaznaczamy jednocześnie, iż pytanie to nie zostało zadane przez firmę FPP Enviro, należy domniemywać, że pytanie to zadała firma Sorted, która na dzień składania zapytania mogła nie posiadać wymaganego doświadczenia. Firma Sorted w wyjaśnieniach Pismem z dnia 22.07.2021 r. podtrzymuje, iż rzekomy przystanek ma pełnić funkcję marketingowe i promocyjne, poprzez prezentację realizacji takiego rozwiązania potencjalnym klientom i partnerom handlowym. Odwołujący zwrócił uwagę, że teren oraz otoczenie zakładu produkcyjnego firmy 4MA S.A., na którym rzekomo wykonano zielony przystanek nie jest w żaden sposób oznakowany nazwą firmy, nie jest przystosowany do odwiedzania przez potencjalnych Klientów i nie jest reprezentatywny. Co więcej firma 4MA S.A. nie rozpowszechniła reklamy, zdjęcia, ani żadnej informacji odnośnie wykonania takiego elementu w mediach społecznościowych oraz internecie, co dodatkowo może potwierdzać nasze przypuszczenia, że usługa nie została zrealizowana. Dodatkowo usługa ta nie została dodana do katalogu usług firmy 4MA S.A. pod linkiem i toalety. Dowód: - informacja nr 1 dla wykonawców z 24 czerwca 2021 roku w aktach sprawy - Pismo FPP z dnia 14 lipca 2021 r. — - Pismo FPP z dnia 16 lipca 2021 r. - pismo SORTED sp. z o.o. z dnia 22.07.2021 r. - zrzuty ekranu z witryn internetowych z dnia 28.07.2021 r. - przykładowa dokumentacja fotograficzna wykonana w Rzucowie, ul. Stanisława Staszica 36

z dnia 19.07.2021 r. W ocenie Odwołującego wskazane przez Sorted Sp. z o.o. pozostałe usługi (wskazane poniżej) nie spełniały warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych (zgodnie z warunkiem zawartym w rozdziale VII pkt 2 pkt 4) SIWZ, na co zwrócił uwagę Zamawiający w piśmie skierowanym do firmy SORTED sp. z o.o. znak zp.271.32.2021 z dnia 08.07.2021 r.:

Pozycja nr 3 Budowa wiat rowerowych przy Zespole Szkolno-Przedszkolnym w Nowej Wsi Gmina Michałowice Pozycja nr 4 Budowa EKO parku przy ul. Gierdziejewskiego w Warszawie-etap I. Zadanie realizowane w ramach zadania inwestycyjnego pn. Utworzenie EKO parku przy ul. Gierdziejewskiego w Warszawie - Dzielnica Ursus m.st. Warszawy Pozycja nr 5 Budowa Parku przy Muzeum im. Zofii i Wacława Nałkowskich w Wołominie zakres prac obejmował m.in.: dostawę i montaż elementów małej architektury na terenie Parku przy Muzeum im. Zofii i Wacława Nałkowskich w Wołominie Pozycja nr 6 Wykonanie rewitalizacji Parku Miejskiego w Otwocku w ramach zadania budżetowego „Rewitalizacja Parku Miejskiego oraz Skweru 7 Pułku Ułanów i Skweru Lennestadt w Otwocku” Pozycja nr 7 Budowa z instalacją w przestrzeni publicznej konstrukcji drewnianej w celu utworzenia miejsca odpoczynku w Grodzisk Mazowiecki —przedmiot zamówienia nie obejmował dostawy wraz z montażem wiat.

Dalej Odwołujący wskazał, że stosownie do art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający powinien zażądać od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zamawiający w toku postępowania przeprowadził procedurę wyjaśniającą określoną w art. 224 ust. 1-6 PZP co dowodzi, iż zaoferowana przez SORTED sp. z o.o. cena wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziła poważne wątpliwości Zamawiającego. Wobec czego Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pismem z dnia 5 lipca 2021 r. zwrócił się do SORTED sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej niskiej ceny. Ponieważ Zamawiający nie zażądał udowodnienia ceny zgodnie z kosztorysem ofertowym, odpowiedź SORTED sp. z o.o. była bardzo lakoniczna i nie wynikało z niej nic co usprawiedliwiałoby tak niskie kwoty. Dowód: pismo Gminy Brwinów z dnia 20.07.2021 r. skierowane do SORTED sp. z o.o.; pismo SORTED sp. z o.o. z dnia 21.07.2021 r.

Odwołujący wskazał, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. W tym miejscu godzi się wskazać na treść art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, SORTED sp. z o.o. w odpowiedzi z dnia 12.07.2021 r. nie udzieliła wystarczających wyjaśnień dotyczących zaproponowanej ceny, w tym nie złożyła dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca nie wykazał szczegółowo rozbicia ceny jednostkowej zgodnie z pozycjami oferty, Wykonawca nie wykazał, ile roboczogodzin skalkulował na produkcję elementów wiat oraz małej architektury, Wykonawca nie wykazał, ile roboczogodzin skalkulował na montaż elementów wiat oraz małej architektury, Wykonawca wykazał, że w kalkulacji przyjął cenę za materiał w wysokości 87 367,34 zł netto za 4 wiaty przystankowe. Wykonawca nie przedstawił dowodów na posiadanie kompletu materiałów niezbędnych do produkcji elementów wiat oraz małej architektury, Wykonawca nie przedstawił dokładnego asortymentu ani nie udowodnił, po jakich cenach i kiedy nabył materiał, który przeznaczy na realizację zamówienia oraz czy posiadany materiał spełnia OPZ. Wykonawca w wyjaśnieniach nie wskazał kosztów za materiał roślinny zgodny z OPZ. Wykonawca winien przedstawić i udowodnić koszty materiałów w podziale na materiał posiadany, koszty produkcji/ nabycia materiału roślinnego, koszty produkcji/ nabycia zielonych dachów, koszty produkcji/ nabycia donic. Wykonawca nie wyjaśnił ceny jednostkowej w kwocie 4 700,00 zł netto w ofercie za konstrukcję stacji solarnej wykonanej zgodnie z OPZ wraz pracami montażowymi i kosztami dostawy. Odwołujący podkreślił, że koszty za wykonanie stacji solarnych zgodnych z OPZ należy przyjąć na poziomie minimalnym (przy wyjątkowo sprzyjających warunkach) 7 000,00 zł netto za jedną stację — na podstawie rozpoznania rynku. Wykonawca nie wykazał, dlaczego nie wykazał kosztów pośrednich związanych z kosztami materiałów. Wykonawca wykazał planowany zysk w wysokości 5 994,77 netto liczony jako ale jedynie od robocizny i sprzętu. Odwołujący wskazał, że łącznie zysk ma wynieść tylko 1498,69zł netto za jedną wiatę przystankową. Zysk

5994,77zł netto stanowi jedynie 4% całości oferty. Wykonawca w treści wyjaśnień (pismo z dnia 12.07.2021 r.) nie odnosi się do wszystkich elementów cenotwórczych, jakie zgodnie z żądaniem Zamawiającego miały być zaprezentowane. Ponadto, w ocenie Odwołującego, cena zaproponowana przez SORTED sp. z o.o. tj. 181 867,80 zł brutto za wykonanie 4 wiat przystankowych z funkcją retencjonowania wody opadowej, zważywszy na aktualne rynkowe ceny materiałów i usług, a także doświadczenie Odwołującego, jest ceną rażąco niską i niemożliwą do spełnienia. Zdaniem Odwołującego, dziwi fakt, iż firma SORTED Sp. z o.o. w wyjaśnieniu wskazuje, iż posiada materiał na dostawę wiat przystankowych i cenę na dostawę 4 wiat przystankowych wraz z systemem retencjonowania wody i panelami solarnymi za kwotę 181 867,80 zł brutto, natomiast w Poświadczeniu firmy 4MA, wskazującym na realizację analogicznej wiat podaje cenę 76 000 zł brutto, co przeliczając na 4 wiaty wskazuje na kwotę 304 000,00 zł brutto. W ocenie Odwołującego, z uwagi na powyższe, oferta złożona przez SORTED sp. z o.o. powinna zostać uznana jako oferta z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, podlegająca odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, gdyż złożone przez SORTED sp. z o.o. wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa i montaż czterech wiat przystankowych z zielonym dachem i funkcją retencjonowania wody opadowej wraz z nasadzeniem roślin w donicach oraz dostawa i montaż czterech stacji solarnych na terenie Gminy Brwinów.

Izba ustaliła, że w Rozdziale VII „Podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu”, w pkt 2, ppkt 3 SWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich 3 lat, a jeśli okres prowadzonej działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonali co najmniej dwa zamówienia polegające na dostawie wraz z montażem wiat przystankowych z funkcją retencjonowania wody opadowej o wartości nie mniejszej niż 40.000 PLN brutto każde zamówienie z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy zostały wykonane należycie.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz przystępujący Sorted sp. z o.o. Zamawiający oświadczył, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia 245,000 zł. Przystępujący Sorted zaoferował za realizację zamówienia cenę 181 867,80 zł. Odwołujący zaoferował cenę 242 503,11 zł.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 5 lipca 2021 r. wezwał wykonawcę Sorted do złożenia wyjaśnień i uproszczonej kalkulacji ceny ofertowej z podaniem czynników cenotwórczych oraz potwierdzenie, że kwota 4700,00 zł netto podana w ofercie za wykonanie stacji solarnej, zawiera kompletne wykonanie stacji zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i prace budowlano-montażowe z dostawą.

Izba ustaliła, że wykonawca Sorted pismem z dnia 12 lipca 2021 r. złożył wyjaśnienia, które zawierały uproszczony kosztorys z wskaźnikami cenotwórczymi. Wykonawca Sorted potwierdził, że "cena jednostkowa za wykonanie stacji solarnej obejmuje całość prac związanych z wykonaniem tego elementu, w szczególności określonych w pkt 5 OPZ, a także wszelkich niezbędnych towarzyszących prac budowlano-montażowych, porządkowych oraz transportu".

Ponadto, Izba ustaliła, że pismem z dnia 20 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Sorted do potwierdzenia wyceny stacji solarnej oraz sprecyzowania adresu pod jakim znajduje się przystanek w jakim mowa w poz. nr 2 wykazu. Wykonawca Sorted w piśmie z dnia 21 lipca 2021 r. potwierdził, że "cena jednostkowa za wykonanie stacji solarnej obejmuje całość prac związanych z wykonaniem tego elementu, w szczególności określonych dla tego elementu zgodnie z OPZ, a także wszelkich niezbędnych towarzyszących prac budowlano-montażowych, porządkowych oraz transportu.

Potwierdzamy zatem, w odpowiedzi na pytanie I, że cena jednostkowa w kwocie 4700,00 zł netto przedstawiona w formularzu ofertowym dla stacji solarnej zawiera kompletne wykonanie ww. stacji zgodnie z OPZ oraz prace budowlano-montażowe wraz z kosztami dostawy."

Izba zważyła co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron cofnął ww. zarzut.

W pozostałym zakresie, Izba uznała, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie, co skutkowało oddaleniem odwołania.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SORTED sp. z o.o. z postępowania. Wskazać należy, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Ponadto, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W analizowanym stanie faktycznym, w ocenie Odwołującego, wykonawca Sorted nie spełnia warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, polegające na wykonaniu w ciągu ostatnich 3 lat co najmniej dwóch zamówień polegających na dostawie wraz z montażem wiat przystankowych z funkcją retencjonowania wody opadowej o wartości nie mniejszej niż 40 000 PLN brutto każde zamówienie. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego i przedstawionej przez niego interpretacji spornego zapisu SWZ. Z literalnej wykładni postanowień SWZ wynika, że wykonawca, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu musiał wykazać, iż wykonał dwa zamówienia polegające na dostawie. Tym samym, zamówienie utożsamiać należy z dostawą określonych wiat przystankowych. Bezpodstawnie zatem Odwołujący utożsamia pojęcia zamówienia z definicją zamówienia zwartą w ustawie Pzp i utożsamia je z koniecznością zawarcia dwóch umów o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby, Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że doświadczenie wymagane od wykonawcy ma polegać na realizacji zamówienia tj. na realizacji dostawy wiaty przystankowej o wartości nie mniejszej niż 40.000 tys. zł brutto. Przyjęcie, jak chciałby Odwołujący, iż chodzi o realizację co najmniej dwóch umów przez wykonawcę nie wynika, w ocenie Izby, z treści specyfikacji, bowiem Zamawiający wskazał na realizację dostaw, nie zaś realizację umów. Izba podkreśla, że z punktu widzenia oceny warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego przez poszczególnych wykonawców doświadczenia, kluczowe znaczenia nie ma liczba zawartych umów, ale faktycznie wykonane dostawy na rzecz określonych podmiotów. W ocenie Izby, wykonawca Sorted spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca bowiem w poz. 1 wykazu dostaw wskazał na realizację zamówienia pn. "Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach "Zielony przystanek autobusowy w centrum miasta" 1 przystanek przy Al. Wojska Polskiego w Zielonej Górze; 2 przystanek przy ul. Bohaterów Westerplatte w Zielonej Górze".

Wykonana dostawa polegała na wykonaniu dwóch przystanków. Zdaniem Izby bez znaczenia jest okoliczność, iż dostawy dwóch przystanków zostały zrealizowane w ramach jednej umowy. Bezsporne bowiem jest, że wykonawca wykonał dwie dostawy wiat przystankowych o wartości określonej przez Zamawiającego w SWZ.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że ze złożonych przez Odwołującego dokumentów nie wynika, że wiaty przystankowe były wyposażone w funkcję retencjonowania wody opadowej, Izba wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów. Zasadność zarzutu została oparta wyłącznie o subiektywne twierdzenia wykonawcy. Izba wskazuje, że ciężar wykazania zasadności zarzutu spoczywał na Odwołującym. W analizowanym stanie faktycznym tego ciężaru Odwołujący nie udźwignął. Izba wskazuje, że wykonawca Sorted złożył w poczet materiału dowodowego Projekt Budowlano - Wykonawczy przystanków zrealizowanych w ramach poz. nr 1 wykazu. Zdaniem Izby z dokumentu tego (pkt 3) wynika, że przystanki odpowiadają zakresowi wymagań określonych w SWZ. Ponadto, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożył oświadczenie, iż zwrócił się drogą e-mailową do Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z Zielonej Góry o potwierdzenie, że wykonywane dostawy faktycznie dotyczyły przedmiotu zgodnego z brzmieniem warunku udziału i o wymaganej wartości. Jak wskazał Zamawiający, w dniu 20 lipca 2021 r. Kierownik Działu Infrastruktury i Inwestycji ZGK Sp. z o.o. z Zielonej

Góry potwierdził, że inwestycja była zgodna z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego oraz dodatkowo w dniu 5 sierpnia 2021 r. jednoznacznie potwierdził, że wartość każdego przystanku była nie mniejsza niż 40 000 zł brutto.

Izba wskazuje również, że inwestycja wskazana przez wykonawcę Sorted w poz. nr 2 wykazu również spełnia wymagania Zamawiającego wskazane w SWZ. Bez znaczenia dla sprawy są zdaniem Izby twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający wymagał doświadczenia w realizacji inwestycji w przestrzeni publicznej. Odwołujący nie wskazał na żadne postanowienie SWZ, z którego wynikały taki obowiązek. Zdaniem Izby, Zamawiający nie sformułował wymogu, aby zrealizowane zamówienia były publicznymi ani też aby zrealizowane wiaty zlokalizowane były w przestrzeni publicznej, a nie prywatnej. Rozszerzająca wykładania postanowień SWZ jaką prezentuje Odwołujący w odwołaniu jest nieuprawniona na etapie badania i oceny ofert. Bez znaczenia dla sprawy pozostają również twierdzenia Odwołującego o braku rozpowszechnienia przez firmę 4MA S.A. w mediach faktu wykonaniu wiaty przystankowej, co rzekomo ma świadczyć, że usługa nie została wykonana. Należy wskazać, że z treści SWZ nie wynikał obowiązek rozpowszechnienia informacji o wykonaniu wiaty przystankowej. Po drugie rozstrzygnięcie o wykonaniu usługi przez wykonawcę Sorted na podstawie domysłów Odwołującego o rzekomym braku rozpowszechnienia informacji o jej wykonaniu byłoby bezpodstawne.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę Sorted jako najkorzystniejszej, pomimo że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a więc oferta ta jako oferta z rażąco niską ceną powinna zostać odrzucona, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Ponadto, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Izba wskazuje, że wykonawca Sorted przedstawił szczegółowe wyjaśnienia czynników cenotwórczych wraz z uproszczonym kosztorysem zawierającym wyliczenie tych czynników w wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego. Z kolei ceny jednostkowe poszczególnych elementów były zawarte w formularzu ofertowym. Zasadnicza zaś część argumentacji Odwołującego w zakresie omawianego zarzutu sprowadzała się do retorycznego zanegowania wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Sorted. Odwołujący wskazał na szereg elementów które, w jego ocenie, nie zostały zawarte w treści wyjaśnień. Przy czym Odwołujący w żaden sposób nie odnosi się do wartości merytorycznej wyjaśnień i konkretnych danych w nich zawartych. Izba zaznacza, że w złożonym kosztorysie uproszczonym zostały zawarte dane dotyczące kosztów robocizny, materiałów i sprzętu, wykonawca określił wartość kosztów pośrednich i bezpośrednich, jak również przewidywany zysk. W treści wyjaśnień zostały zawarte informacje co do przewidywanego wynagrodzenia, którego wartość zostało określona na poziomie nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Polemika zaś Odwołującego sprawdza się wyłącznie do zanegowania wyliczeń wykonawcy Sorted. Zasadność zarzutu nie może być uznana wyłącznie w oparciu o negowanie określonych okoliczności czy też subiektywne twierdzenia innego wykonawcy dążącego do uzyskania zamówienia. Zasadność zarzutu musi być oparta na dowodach, a w przypadku obiektywnej niemożności ich przedłożenia, w oparciu o merytoryczną i uzasadnioną argumentację wykonawcy. Takiej argumentacji Odwołujący nie zawarł w odwołaniu. Za taką nie mogą być uznane twierdzenia, że wykonawca Sorted przewidział zbyt niski zysk czy też ogólne stwierdzenie, że wykonanie stacji solarnej to koszt 7.000 zł. Również przywołana okoliczność, iż wykonawca Sorted wykonał taką samą wiatę przystankową na rzecz firmy 4MA za cenę 76.000 zł, co potwierdza fakt zaoferowania rażąco niskiej ceny nie może stanowić podstawy o uznaniu zasadności zarzutu. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał tożsamości przedmiotu zamówienia. Tym

samy, Izba uznała zarzut za niezasadny. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie zysk. Takich okoliczności w analizowanym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał. Odwołujący nie wykazał również, iż złożone przez wykonawcę Sorted wyjaśnienia uzasadniają twierdzenie, że zaoferował on rażąco niskiej ceny za realizację zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1

Przewodniczący:.....